

# El poder punitivo del estado en materia de buen gobierno: tipicidad penal y administrativa

Ángeles Jareño Leal

*Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Valencia*

---

JAREÑO LEAL, Ángeles. El poder punitivo del estado en materia de buen gobierno: tipicidad penal y administrativa. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2018, núm. 20-17, pp. 1-30. Disponible en internet:

<http://criminnet.ugr.es/recpc/20/recpc20-17.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 20-17 (2018), 14 nov]

**RESUMEN:** En el ámbito de la corrupción pública encontramos una doble respuesta para castigar la conducta del funcionario público que comete determinados hechos delictivos que, a su vez, también constituyen infracciones de carácter administrativo. Analizando dos de los delitos más frecuentes, correspondientes a las figuras de prevaricación y de negociaciones prohibidas a los funcionarios, pueden encontrarse criterios que permiten desplazar a la sanción administrativa determinados comportamientos para los que no es posible, o recomendable, el castigo penal. No se trata sólo de acudir al principio de intervención mínima sistemáticamente, sino también de analizar los tipos penales y administrativos correspondientes, señalando determinadas diferencias que, desde la perspectiva del injusto, fundamentan en cada caso el recurso a un mecanismo sancionador u otro.

**PALABRAS CLAVE:** Corrupción pública, doble respuesta sancionadora, tipo penal, tipo administrativo, principio de intervención mínima.

**ABSTRACT:** In the area of public corruption, acts committed by a public official which at the same time are described as crimes and as administrative offences can be punished either by the criminal law or by the administrative law. If we analyze two of the most frequent crimes, those committed by public officials or civil servants who have knowingly issued an unfair decision or carried out unlawful negotiations, it is possible to find criteria which allows certain behaviours to come under the administrative sanction rather than in the criminal sphere. It is not only a question of systematically resorting to the principle of minimum intervention, but also of analyzing the corresponding criminal and administrative offences, pointing out certain differences that, from the perspective of criminal offence itself, in each case calls for one sanctioning mechanism or the other.

**KEYWORDS:** Public corruption, double sanctioning response, criminal offence, administrative offence, minimum intervention principle.

Fecha de publicación: 14 noviembre 2018

---

*SUMARIO: 1. La condición de funcionario o cargo público desde la perspectiva penal y administrativa. 2. Tipos penales y tipos administrativos que regulan conductas similares en materia de corrupción pública: análisis de dos casos. 2.1. La emisión de resoluciones, acuerdos e informes injustos. 2.1.1. El objeto material: la resolución, el acuerdo y el informe. 2.1.2. Resolución “arbitraria” y acuerdo o informe “ilegal”. 2.1.3. La conducta imprudente y la respuesta administrativa. 2.1.4. ¿Traslado a los tipos administrativos de las categorías penales de autoría y participación? 2.2. Prevalerse de la función pública para favorecer los propios intereses. 2.2.1. La infracción del deber de abstención y otros supuestos que deben excluirse de la sanción penal. 3. La pena de inhabilitación y la sanción de separación del servicio. 3.1. Contenido de ambas sanciones. 3.2. Los fines de prevención general y especial.*

## **1. La condición de funcionario o cargo público desde la perspectiva penal y administrativa**

La posibilidad de imponer doble sanción, penal y administrativa, a los funcionarios que delinquen está consagrada desde hace años por el Tribunal Constitucional, partiendo de la base de que dichos sujetos se encuentran en una situación de “sujección especial” con la Administración, lo que motiva la existencia de diferente fundamento sancionador en cada caso<sup>1</sup>. Pero en relación con la doble tipicidad, penal y administrativa, de conductas realizadas por funcionarios y cargos públicos existen otras cuestiones que deben ser resueltas, aunque aquí voy a ceñirme sólo a algunas de ellas, siempre partiendo de que no existe diferencia ontológica entre ambos órdenes sancionadores.

En el ámbito penal se parte del concepto de funcionario público del art. 24.2 del Código penal, que es interpretado por la jurisprudencia de forma muy amplia<sup>2</sup>:

*Art. 24.2: “Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.”*

<sup>1</sup> Sobre esta cuestión señala el artículo 31.1 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público: “No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.”

<sup>2</sup> Artículo 24.1 del Código penal: “1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

Ver las cuestiones problemáticas sobre el concepto de funcionario público en Olaizola Nogales, I., “Concepto de funcionario público a efectos penales”, en *Delitos contra la Administración pública*, (coord. A. Asúa Batarrita), Bilbao 1997; de la misma *El delito de cohecho*, Valencia 1999, pág. 113 y ss.; Valeije Álvarez, I., *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Madrid 1996, pág. 53 y ss.; de la misma “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y “personas que desempeñan una función pública”, *CPC* 1997-62; Rodríguez Puerta, M.J., *El delito de cohecho: problemática jurídico penal del soborno de funcionarios*, Pamplona, 1999, pág. 162 y ss.

Para el Tribunal Supremo el concepto de funcionario público se asienta en bases materiales, y no “en la pura apariencia o el ropaje externo jurídico o administrativo”, al tratarse de un concepto marcadamente funcional. Por lo que se refiere al acceso al ejercicio de las funciones públicas, este órgano sostiene que no importan los requisitos de selección para el ingreso, la categoría, el sistema de retribución, el estatuto legal o reglamentario, ni la estabilidad o temporalidad, ya que lo relevante es proteger de modo eficaz la función pública y los intereses de la Administración en sus diferentes facetas y modo de operar. Ello implica, siempre según el Tribunal Supremo, que el Derecho penal no es tan exigente como el Derecho administrativo, llegando a declarar que basta con participar en la función pública para detentar tal cualidad de funcionario<sup>3</sup>. Por su parte, el art. 8 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público señala:

*“1. Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales.*

*2. Los empleados públicos se clasifican en:*

*a) Funcionarios de carrera.*

*b) Funcionarios interinos.*

*c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.*

*d) Personal eventual.”<sup>4</sup>*

En todo caso, para ser acreedor a las dos sanciones, penal y administrativa, debe reconocerse el carácter funcional en los dos campos jurídicos. Por esta razón, en ocasiones, se busca por el acusado la absolución penal argumentando que se ha actuado en los hechos como un particular, y no como un funcionario público<sup>5</sup>. Pero según el concepto amplio de la jurisprudencia penal detenta la cualidad de funcionario público quien ocupa una plaza de forma suplente, quien ocupa el puesto de forma honorífica, y quien es empleado de un concesionario de servicios públicos<sup>6</sup>. Lo relevante es que se ejerzan funciones públicas, sin que sea necesaria la nota de permanencia o estabilidad, siempre que exista nombramiento por parte de la autoridad competente. A estos efectos, el Tribunal Supremo considera funcionario público, por ejemplo, al arquitecto honorario de un ayuntamiento, argumentando que es suficiente que dicho sujeto sea nombrado por el pleno del consistorio, que sería la

<sup>3</sup> STS 28-2-14. Ver las críticas efectuadas a la doctrina expansiva del Tribunal Supremo sobre el concepto de funcionario público, y en concreto a la expuesta en las conclusiones de esta sentencia, por Ramón Ribas, E., “La derogación jurisprudencial del art. 24.2 del CP (concepto de funcionario público)”, en *Estudios penales y criminológicos*, XXXIV, 2014, pág. 208 y ss.

<sup>4</sup> También debe tenerse en cuenta la relación de sujetos declarados “altos cargos” en el art. 1.2 la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. Así mismo deben tenerse en cuenta las disposiciones normativas que regulan situaciones especiales.

<sup>5</sup> En la SAP de Mallorca de 18-2-14 se discute la condición de funcionario público del gerente de una empresa mixta.

<sup>6</sup> STS 28-2-14.

autoridad competente a la que hace referencia el art. 24.2 del Código penal<sup>7</sup>. Y también tienen la categoría de “cargos públicos” los gerentes de empresas mixtas, en los casos en que el Estado actúa mediante sociedades estatales que revisten una forma jurídico-privada para lograr una gestión más adecuada y eficaz de los intereses generales, pues para el Tribunal Supremo también se ejercen funciones públicas por las entidades de la administración institucional. Ello ocurre porque “una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a un concepto amplio de función pública”<sup>8</sup>. La razón de la jurisprudencia penal para defender la condición de “cargo público” de estos sujetos es evitar que puedan sustraer sus conductas de la tutela penal con el argumento de que se trata del ejercicio de una actividad privada, ya que en dichas empresas mixtas se llevan a cabo funciones propias de un organismo público, y las personas acceden a su cargo por designación de autoridad pública<sup>9</sup>. De todas formas, el caso del gerente o director de una empresa mixta es controvertido, pues el propio Supremo ha señalado que puede ser sujeto activo de algunos delitos, pero no de todos los propios de los funcionarios públicos, como el de prevaricación, ya que, según este órgano, dicho sujeto carece de capacidad para emitir una “resolución administrativa”<sup>10</sup>.

En esta materia tendrá consecuencias importantes el Acuerdo del pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 25-5-17, al declarar que los bienes, efectos o

<sup>7</sup> SAP Madrid 29-5-13. En este caso dos arquitectos honoríficos de un ayuntamiento intervienen en los trámites de aprobación y ejecución de proyectos de urbanización que ellos mismos han diseñado en sus despachos profesionales. Para el Tribunal es indiferente que cobren o no por tales informes, pues lo fundamental es que sus funciones son públicas porque informan en los distintos expedientes administrativos que se tramitan en el ayuntamiento, además de que se encuentran al servicio de un ente público, con sometimiento de su actividad al control del Derecho administrativo.

Por otro lado, ambos órdenes sancionadores coinciden en incluir en la categoría de funcionario a las personas con contrato temporal (art. 11 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público). La STS de 27-1-03 señala que no “es obstáculo para ostentar esta condición de funcionario público a efectos penales el que la causa de ese nombramiento por autoridad competente se encuentre en un contrato laboral. Este funcionario público puede ser designado por la vía de un acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades”.

<sup>8</sup> STS de 27-1-03: “Aunque la formalidad jurídica externa (contrato laboral de alta dirección, elección por el órgano de gobierno de una mercantil) encubra o se superponga de alguna manera a esa realidad material”. Sin embargo, la STS de 10-12-01 no consideró funcionario público al presidente de una caja de ahorros, señalando que el hecho de llegar a la presidencia de dicho órgano por haber sido nombrado por las corporaciones locales no le convertía en cargo público, ni transformaba en públicas sus funciones, pues “la actividad de una Caja de Ahorros - y de las personas que la representan- no supone el ejercicio de una función pública, ni está sometida al Derecho público, ni persigue fines estrictamente públicos pese al indiscutible interés social que dicha actividad reviste”.

<sup>9</sup> STS 28-2-14. Ramón Ribas, en sentido crítico, señala la necesidad de primar criterios de tipicidad sobre los de tutela penal reforzada, “La derogación”, *cit.*, pág. 217 ss.

<sup>10</sup> A juicio del Tribunal Supremo (STS 28-2-14), las resoluciones del gerente de una empresa de carácter mixto no versan sobre “asuntos administrativos” cuando estas empresas estén sometidas a las reglas del Derecho privado, incluso aunque por ley se les puedan extender principios de carácter público, como pueden ser los de publicidad y concurrencia en materia de contratación pública.

caudales que integran el patrimonio de las sociedades mercantiles participadas por el Estado, u otras administraciones u organismos públicos, deben tener la consideración de patrimonio público a efectos del objeto material del delito de malversación cuando se den una serie de requisitos:

“1.1. Cuando la sociedad mercantil esté participada en su totalidad por las personas públicas referidas.

1.2.- Cuando esté participada mayoritariamente por las mismas.

1.3.- Siempre que la sociedad pueda ser considerada como pública en atención a las circunstancias concretas que concurran, pudiéndose valorar las siguientes o cualesquiera otras de similar naturaleza:

1.3.1.- Que el objeto de la sociedad participada sea la prestación, directa o indirecta, de servicios públicos o participen del sector público.

1.3.2.- Que la sociedad mixta se encuentre sometida directa o indirectamente a órganos de control, inspección, intervención o fiscalización del Estado o de otras Administraciones Públicas.

1.3.3.- Que la sociedad participada haya percibido subvenciones públicas en cuantía relevante, cualquiera que fuera la Administración que las haya concedido, para desarrollar su objeto social y actividad”.

Con este Acuerdo el Tribunal aclara cuál será su postura con respecto al delito de malversación, pero queda pendiente, y seguirá siendo objeto de discusión si, en estos casos, estamos ante empleados públicos y si, en consecuencia, podrán realizarse también otros delitos del Título XIX del Código penal por parte de los gerentes o cargos de dichas empresas.

## **2. Tipos penales y tipos administrativos que regulan conductas similares en materia de corrupción pública: análisis de dos casos**

### **2.1. *La emisión de resoluciones, acuerdos e informes injustos***

La conducta del funcionario que dicta una resolución injusta en asunto administrativo está recogida en el delito de prevaricación del art. 404 del Código penal:

*“A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.”*

En cuanto a los tipos administrativos, encontramos varios preceptos aplicables al caso entre las disposiciones de carácter estatal. Por un lado, el artículo 95.2 d) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público, para funcionarios públicos y personal laboral (art. 93), que sanciona como falta muy grave: *“La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos”*. Por otro, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre,



de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en su art. 29.1 y 2 prevé para miembros del gobierno, secretarios de estado y altos cargos de las entidades de la Administración general del Estado y del sector público estatal (de Derecho público o privado -art. 25-), como infracción muy grave: “29.1.c) *La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos*”; y como infracción grave: “29.2.c) *La emisión de informes y la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales cuando causen perjuicio a la Administración o a los ciudadanos y no constituyan infracción muy grave.*” Además, el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, Real decreto 33/86 de 10 de enero, prevé en su art. 7.1 h) como falta grave “*La emisión de informes y la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales cuando causen perjuicio, a la Administración o los ciudadanos y no constituyan falta muy grave*”<sup>11</sup>.

Como puede observarse, el núcleo básico del tipo penal y el administrativo coincide, a salvo de que el objeto material es más amplio en estos últimos. Al existir tal dualidad la jurisprudencia penal ha sido muy exigente con los requisitos que deben darse para llegar al tipo penal, aludiendo constantemente al principio de intervención mínima y la posibilidad del recurso a la respuesta administrativa, en defecto de la penal. Sin embargo, en los últimos años, a consecuencia de la mayor persecución de los delitos relacionados con la corrupción pública, se ha producido un cambio

<sup>11</sup> Debe traerse a colación la problemática que ha existido durante unos años con respecto a la tipificación de las infracciones graves en el Reglamento señalado, iniciada por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia en su sentencia de 28-7-10, al entender que después de la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público (en su versión de 2007) sólo estaba vigente la tipificación de las faltas muy graves establecidas en dicho texto, debiendo considerarse derogada la tipificación de las faltas graves y leves que realiza el Reglamento en virtud del principio de reserva de ley. En este sentido se aludía al artículo 95.3 del Estatuto Básico: “*Las faltas graves serán establecidas por ley de las Cortes Generales o de la Asamblea Legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral*”. Según la sentencia del Tribunal valenciano, en los lugares donde esta regulación todavía no se hubiera producido no tendrían vigencia las faltas graves declaradas en el Reglamento. A favor de esta tesis se añadía la vigencia del principio de legalidad establecido en el art. 27.1 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público: “*Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la Administración Local en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril.*” Pero esta dirección jurisprudencial del Tribunal valenciano (y algunos otros) encontró contestación por parte de la doctrina jurídica, a partir de la idea de que la voluntad del legislador no pudo ser la de dejar impunes infracciones de entidad, como son las faltas graves. En este sentido se pronunciaron Arribas López, E., “Sobre la vigencia del régimen disciplinario de los funcionarios después del Estatuto Básico del Empleado Público: “interpretación mecanicista” versus “interpretación teleológica”, en *Revista general de Derecho Administrativo*, 26, 2011, y Chaves García, J.R., “Muerte y resurrección del Reglamento Disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado de 1986”, en *www.contencioso.es*, 14-10-2010. Finalmente, el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, ha puesto fin a esta polémica en su sentencia de 30-3-17, al declarar que “la aplicación de los artículos 7 y 8 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Civiles del Estado aprobado por RD 33/1986, de 10 de enero, para sancionar las faltas disciplinarias graves y leves en que incurran los empleados públicos no resulta contraria al principio de legalidad, sino que tal norma tiene la cobertura legal que resulta de la aplicación integradora de los artículos 94 apartado 3º, 95 apartados 3º y 4º, Disposición Derogatoria Única, apartado g) y Disposición Final Cuarta, apartado 3º de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que mantienen en vigor el citado Reglamento hasta tanto se produzca el desarrollo legislativo en el ámbito de cada Administración Pública”.

perceptible en dicho nivel de exigencia, tanto en el delito de prevaricación como en otros relacionados con la corrupción de los cargos públicos, por lo que ahora es más complicado encontrar la línea divisoria para la intervención penal<sup>12</sup>.

La doctrina y jurisprudencia penales han aludido tradicionalmente al principio de intervención mínima y la posibilidad de la respuesta administrativa para reducir la aplicación del delito de prevaricación a los “supuestos más graves” (en expresión utilizada constantemente), con varios argumentos. De entrada, la jurisprudencia afirma que el ciudadano no está en ningún caso desamparado en sus derechos, al existir la posibilidad de la vía contencioso administrativa para los casos no graves. La propia jurisprudencia señala que el control de la legalidad de la actuación administrativa está encomendado, en principio, al orden contencioso administrativo, ya que la jurisdicción penal no debe sustituir a dicha jurisdicción contenciosa en su labor de revisión y control del sometimiento de la actuación administrativa a la ley. Por eso, con el delito de prevaricación se trataría de sancionar supuestos en que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario que, actuando con un injustificado abuso de poder, produce un perjuicio al ciudadano o a los intereses generales de la Administración<sup>13</sup>. Además, también se señala que no debe criminalizarse toda conducta del funcionario que se aparta en sus resoluciones de la normativa aplicable, pues la sanción penal debe ser la *ultima ratio* a la que acudir<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> La doctrina penal defiende como bien protegido común a esta clase de delitos: el debido respeto al principio de legalidad en el ejercicio de las distintas funciones públicas, como principio esencial al que debe someterse la actividad pública en un Estado social y democrático de Derecho, la función pública que debe ejercitarse conforme el interés general según la legalidad existente, el interés público por el pleno sometimiento de las resoluciones administrativas a la ley y al Derecho, el ejercicio de potestades administrativas conforme a los objetivos o fines públicos que la ley señale en cada caso, y el respeto al principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9. 3 CE): Górriz Royo, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, Valencia 2004, pág. 123; González Cussac, J.L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Valencia 1997, pág. 24; Virto Larruscain, M.J., “El delito de prevaricación del funcionario público”, *Delitos contra la Administración pública* (ed. a cargo de A. Asúa Batarrita), Bilbao 1997, pág. 142; Octavio de Toledo, E., *La prevaricación del funcionario público*, Madrid 1980, pág. 333.

<sup>13</sup> STS 23-6-03

<sup>14</sup> En sentido contrario Rebollo Puig, M., en “Derecho penal y Derecho administrativo sancionador: principios comunes y aspectos diferenciadores”, *Diccionario de sanciones administrativas* (Dir. B. Lozano Cutanda), 2010, Madrid, pág. 327, sostiene que la invocación habitual de los penalistas a favor de la mínima intervención penal, delegando la respuesta retributiva en la sanción de la Administración, no tiene fundamentos sólidos y conduce a consecuencias indeseables desde la perspectiva de los principios del Estado de Derecho, siendo más conveniente que el castigo lo impongan los jueces en un proceso penal con garantías. De forma similar Alarcón Sotomayor, L., propone la preferencia del Derecho penal en: “Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador”, *Revista de Administración pública*, núm. 195, sept-dic. (2014), pág. 162. Para esta autora la opción principal debe ser el castigo penal, y la excepción recurrir a la sanción administrativa, pues hay que asegurar al acusado y a las víctimas que la respuesta esté a cargo de “personas independientes, imparciales, inamovibles, responsables y sometidas únicamente al imperio de la ley. Y estas cualidades las reúnen los jueces, pero no los políticos, que no son neutrales”.

Desde luego hay que estar de acuerdo con estas declaraciones generales de la jurisprudencia; si bien en sí mismas no proporcionan un criterio concreto para diferenciar el tipo penal de prevaricación de la correspondiente infracción administrativa. De hecho, el recurso o no a la opción penal se ha solventado, en ocasiones, con decisiones que parecen obedecer más a cuestiones de política criminal que a criterios de tipicidad. Ello a pesar de que el Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto que no es suficiente para llegar al injusto penal “la infracción de la norma ética y estética”, pues aunque se vulnere la transparencia en la actuación de la Administración, el tipo penal no se produce por la inobservancia de los principios de ética y de actuación política generales, sino por la realización de las conductas típicas reflejadas en el Código penal, afirmación con la que también hay que estar de acuerdo<sup>15</sup>. Debe añadirse que la existencia paralela de dos respuestas no implica que exista una elección discrecional del juez, pues la existencia del tipo penal debe fundarse en la constatación de sus propios términos.

Por otro lado, existen materias, como la contratación pública, en que la existencia de una amplia discrecionalidad administrativa en determinadas modalidades, como la contratación directa, puede dificultar las cosas a la hora de distinguir lo que es ejercicio de la potestad discrecional de la Administración de lo que puede llegar a ser abuso de poder. En los casos de adjudicación directa la Administración goza de una amplia discrecionalidad motivada, por lo que puede ser muy difícil desenmarañar la diferencia entre una adjudicación realizada en el ejercicio de la propia potestad y una adjudicación arbitraria y delictiva, como constata bien la propia jurisprudencia. Me estoy refiriendo, por ejemplo, a los casos en que la adjudicación de un contrato público se efectúa con una resolución que está dotada de apariencia de legalidad, pero que esconde detrás un pacto con el empresario interesado en su concesión, adaptando las cláusulas del concurso público al fin perseguido. Puede decirse que la existencia de pactos que acuerdan una determinada adjudicación, un concreto procedimiento de contratación, o la introducción de determinadas cláusulas que favorecen a un concreto postor, son una base suficiente para llegar al tipo penal de prevaricación. Aunque la adjudicación del contrato esté dotada de una apariencia de legalidad, será prevaricadora porque se produce un resultado arbitrario. El hecho de pactar previamente la solución de un concurso público, o las reglas del procedimiento, sustrae dicho procedimiento a los principios de transparencia e imparcialidad que deben presidir toda adjudicación de un contrato público<sup>16</sup>. Para el

<sup>15</sup> STS 7-4-2004

<sup>16</sup> La STS de 8-6-06 condena por prevaricación unos hechos en que se burla la licitación pública, al existir un pacto previo entre los interesados acordando el resultado que debe producirse, pues a juicio del Tribunal el procedimiento de adjudicación había sido una “pantomima”. En el caso existe un pacto entre alcalde y un empresario que concurre a la licitación, según el cual dicho empresario se compromete a adelantar al ayuntamiento determinada cantidad de dinero para labores de veredas y suelos, a cambio de que el organismo municipal incluya en el pliego de condiciones de una subasta pública una cláusula de retracto, con el fin de adjudicar a tal empresario el contrato público. La introducción de la cláusula de retracto tenía como finalidad que el alcalde anulara el



Tribunal Supremo, acertadamente, una actuación de aparente legalidad que encubra una adjudicación arbitraria transgrede el deber de transparencia e imparcialidad en la contratación pública, y comporta un delito de prevaricación. Puede decirse, por tanto, que el cumplimiento de las formalidades legales pertinentes no equivale, sin más, a la conformidad a Derecho de un procedimiento de contratación.

La cuestión es, precisamente, si existe una base suficiente para llegar al delito de prevaricación en estos casos o, por el contrario, si ante unos hechos en los que se da un respeto aparente a las reglas “formales” del procedimiento debería buscarse la solución en el Derecho administrativo. En este último caso hay que tener en cuenta que el tipo administrativo exige que el acuerdo o informe sea “*manifiestamente ilegal*”, y es de suponer que en este campo existen las mismas dificultades a la hora de interpretar este término que las existentes en materia penal al interpretar el delito de prevaricación. Sobre esta cuestión volveré más adelante, ya que previamente analizaré el objeto material de ambas clases infracciones.

#### 2.1.1. *El objeto material: la resolución, el acuerdo y el informe*

Como puede comprobarse releando los preceptos penales y administrativos señalados más arriba, el contenido de la infracción administrativa es bastante más amplio que el de la infracción penal, al incluir los “acuerdos” y los “informes” (manifiestamente ilegales), mientras que el objeto material del delito son las “resoluciones” (injustas y arbitrarias).

Sobre el concepto de resolución administrativa, a efectos penales, doctrina y jurisprudencia la definen, con carácter general, como cualquier acto sometido al Derecho administrativo emitido por funcionario público, que comporte una declaración de voluntad de contenido decisorio y afecte a los derechos de los administrados, con independencia de que dicha resolución revista forma escrita u oral, expresa o presunta (en alusión al silencio administrativo, si bien esto último es muy discutido). Debe tratarse, por tanto, de un acto que afecte al fondo del asunto sometido al juicio de la Administración y a los derechos e intereses de los administrados. Dado que la resolución debe versar sobre asunto administrativo, se excluyen claramente del tipo penal las resoluciones jurisdiccionales y las políticas. En consecuencia, sólo pueden ser autores de este delito los funcionarios que tengan la capacidad de “dictar” dicha resolución (a partir del propio concepto de funcionario público que proporciona el art. 24.2 del Código penal)<sup>17</sup>. De forma unánime se excluyen de la prevaricación “los informes”, por lo que en este caso sólo cabrá la sanción administrativa (“*acuerdos o informes*”). Quizás también puedan incluirse en el objeto propio de la infracción administrativa las consultas, circulares o dictámenes, ex-

proceso de adjudicación y asegurara al empresario la adjudicación sin necesidad de acudir a la libre concurrencia, bastándole con conocer la mejor plica para superarla a su conveniencia.

<sup>17</sup> STS 11-5-04: sólo aquél que tenga poder de decisión, excluyendo a los sujetos que “asesoran”.

cludidas por doctrina y jurisprudencia del ámbito penal. Otros actos cuya inclusión en la prevaricación es discutida son los “actos de trámite” (a favor de su inclusión se ha dicho que la resolución no debe restringirse sólo a los actos de carácter definitivo, o necesariamente firmes), en relación con los cuales también cabe plantear, en su caso, la sanción administrativa. Finalmente, según la jurisprudencia tampoco constituye una resolución prevaricadora la “moción” que un funcionario propone ante el órgano que debe decidir, pues será este último quien tendrá que adoptar la correspondiente decisión resolutoria<sup>18</sup>.

En definitiva, el “acuerdo” al que se refiere la normativa administrativa parece gozar de mayor extensión que la “resolución” del ámbito penal. Pero, en todo caso, en ambos órdenes puede tratarse tanto de decisiones de carácter individual o colectivo, por lo que en esta cuestión no existe diferencia alguna. Pero, además de lo afirmado hasta aquí, este objeto material debe reunir determinados requisitos para integrar el tipo penal o el administrativo, que se analizan a continuación.

#### 2.1.2. Resolución “arbitraria” y acuerdo o informe “ilegal”

a) Aparentemente el tipo penal parece más exigente que el administrativo en cuanto a los requisitos que debe reunir la resolución para ser delictiva. De entrada, doctrina y jurisprudencia tienen claro que ilegalidad no tiene por qué equivaler, sin más, a arbitrariedad, y que la infracción de las reglas formales del procedimiento no tiene por qué dar lugar, por sí sola, al delito. Esto tiene que ver, en parte, con el hecho de que el legislador del Código penal de 1995 aumentó el *plus* para la aparición de la conducta punible, reforzando el tipo con la necesidad de que la resolución sea “arbitraria”, lo que ha llevado a la jurisprudencia a un elevado grado de exigencia sobre las características de dicha resolución. Por eso, se afirma que la prevaricación no consiste sólo en el mero incumplimiento de las formalidades legales al emitir la resolución, puesto que para estos casos existe la posibilidad de la respuesta administrativa, y en el tipo del artículo 404 se trata de llegar a un nivel de injusto que merezca la respuesta penal. En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado que pueden darse acuerdos administrativos incorrectos y carentes de base legal seria, que pueden conllevar una declaración de nulidad y la correspondiente sanción, pero que no tienen por qué implicar el delito de prevaricación, pues no todo acuerdo incorrecto que vulnera disposiciones administrativas debe ser considerado injusto a efectos penales<sup>19</sup>. En definitiva, se ha sostenido que el tipo de prevaricación no es una norma penal en blanco, y que no debe aplicarse por el hecho de que se incumplan determinadas disposiciones administrativas.

Tradicionalmente, la propia jurisprudencia penal intenta apuntalar la cota necesi-

<sup>18</sup> La STS 11-5-04 absuelve del delito de prevaricación al concejal que emite mociones (contrarias a Derecho) dirigidas a la comisión de gobierno del ayuntamiento, donde son aprobadas.

<sup>19</sup> STS 29-10-98.

ria para la existencia de la resolución ilegal (contraria a la ley), injusta (contraria al ordenamiento jurídico), y arbitraria, siendo bastante exigente. Resumiendo el criterio jurisprudencial, encontramos repetida la idea de que la ilegalidad de la resolución debe ser evidente, y la contradicción con el Derecho patente y manifiesta. Los tribunales recitan una sucesión de adjetivos al señalar que la ilegalidad de la resolución debe ser “evidente, patente, flagrante, clamorosa, grosera o esperpéntica”<sup>20</sup>. Añadiendo que dicha resolución debe plasmar la voluntad caprichosa del funcionario, y no la aplicación del Derecho<sup>21</sup>. Aunque esta sucesión de calificativos (alguno de los cuales también puede aplicarse al “acuerdo manifiestamente ilegal” del tipo administrativo) no aporta criterios concretos para señalar el límite de la actuación del Derecho penal, apuntalan la idea de que el injusto penal sólo tiene lugar en los casos graves. Al final, la cuestión de optar o no por la intervención mínima acaba siendo una decisión discrecional del órgano penal concreto, como se comprueba al comparar las diferentes decisiones judiciales. Es de agradecer, por ello, que en algunos casos se efectúen intentos en la jurisprudencia (y en la doctrina) por ofrecer criterios más concretos, señalándose de forma consensuada que el delito de prevaricación aparece cuando: a) hay falta absoluta de competencia en quien emite la resolución; b) se produce el incumplimiento de trámites esenciales del procedimiento, y c) existe falta de conexión entre la decisión adoptada y la argumentación que la fundamenta, es decir, cuando no existe fundamento de la resolución, bien porque no se deduce del Derecho aplicable al caso o bien porque “no obedece a una interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos”.

Pero estos criterios han llegado a ser maleables, como podemos comprobar analizando las decisiones jurisprudenciales más recientes, en las que se ha operado un cambio significativo en materia de contratación pública. Tomemos el ejemplo del

<sup>20</sup> Ver jurisprudencia citada en la STS 23-6-03. Esta misma sentencia justifica la absolución del acusado de prevaricación señalando que “en modo alguno puede decirse que dicho acto constituya una contradicción insuperable y de grado notorio con la legalidad vigente, un torcimiento del Derecho, una flagrante injusticia, una decisión totalmente arbitraria e indigna, impropia de la Administración, ni una situación próxima al abuso de poder, que, en definitiva, es lo que define el panorama jurídico propio del delito de la prevaricación administrativa”. Y añade que la decisión debe tergiversar el Derecho aplicable, siendo éste reemplazado por la voluntad del funcionario, debiendo quedar “de manifiesto la irracionalidad de la resolución”, o vulnerando “abiertamente la Constitución”. Ver una referencia a la jurisprudencia en materia de prevaricación en Castro Cuenca, C.G., *La corrupción en la contratación pública en Europa*, Salamanca 2009, pág. 300 y ss.

<sup>21</sup> En la misma dirección jurisprudencial se sitúa la doctrina penal. Ver un resumen en Jareño Leal, A., *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Madrid, 2011, pág. 40 y ss. Resumiendo, se afirma que no basta con el hecho de que la resolución sea contraria a la legalidad administrativa, sino que también ha de carecer de todo fundamento racional, ser inmotivada y sin ninguna apelación a la racionalidad jurídica. Se añade que la decisión debe situarse fuera del ordenamiento jurídico y perseguir fines no contemplados en él; y que nunca podrá ser legal ni tener cabida en dicho ordenamiento, por comportar abuso o desviación de poder. Además, se exige que dicha resolución contradiga el ordenamiento de forma llamativa, notoria e incontestable, apartándose de forma flagrante de los aspectos esenciales de la normativa, de modo que no exista ningún método de interpretación racional que permita sostener la resolución. En suma, debe tratarse de una resolución que desprecia el Derecho.

incumplimiento de las “normas esenciales del procedimiento” como fuente de la prevaricación. Si analizamos la jurisprudencia de los últimos años podemos comprobar que ésta ha modificado con el paso del tiempo su vara de medir sobre lo que son, o no son, requisitos esenciales en un procedimiento administrativo de contratación. Actualmente, se consideran requisitos esenciales en dicho procedimiento casi todas sus reglas formales, de forma que su infracción es una base suficiente para llegar al delito, lo cual antes no ocurría<sup>22</sup>. Pues ha cobrado relevancia como valor penal el respeto a los principios básicos del procedimiento administrativo de contratación (imparcialidad, transparencia), señalando el Tribunal Supremo que dicho procedimiento tiene la finalidad de someter la actuación administrativa a determinadas formalidades que permiten tanto un control formal como validar el fondo de la actuación<sup>23</sup>. En consecuencia, y según este Tribunal, la mera vulneración de dichas formalidades da lugar a una resolución arbitraria, al eludir los controles del propio procedimiento de contratación y sustraerse al mecanismo de legalidad establecido precisamente para sujetar las decisiones del funcionario a los fines que la ley establece en la concreta actuación administrativa<sup>24</sup>. Según el Tribunal Supremo: “La omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho. Así, se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones”<sup>25</sup>.

b) En cuanto a las infracciones administrativas correspondientes, los acuerdos o informes manifiestamente ilegales deben causar “perjuicio” a la Administración o los ciudadanos (grave o no), según exigen las disposiciones que se han señalado más arriba. Siendo así, parece razonable concluir que sólo los acuerdos o informes que vulneran aspectos “esenciales” del procedimiento de contratación son capaces de causar el perjuicio “grave” que se requiere (lo cual identifica este objeto material y el de la prevaricación), mientras la vulneración del resto de requisitos podrá o no producir un perjuicio, dependerá de cada caso (los arts. 29.1.c y 29.2.c de la Ley 19/2013, de Transparencia, establecen el criterio del perjuicio grave o no para diferenciar la infracción muy grave de la grave). Cabe preguntarse, de todas formas,

<sup>22</sup> Ver las recientes STS 3-9-14, 30-7-14 y 1-7-15. A pesar del cambio operado, la jurisprudencia actual sigue invocando la necesidad de la mínima intervención penal, señalando en estas sentencias que el orden penal debe ocuparse de los supuestos límite en que “la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública, eliminando arbitrariamente la libre competencia) en un injustificado ejercicio de abuso de poder”.

<sup>23</sup> STS 1-7-15.

<sup>24</sup> STS 30-7-14.

<sup>25</sup> STS 1-7-15 y STS 30-7-14.

si es posible que existan vulneraciones de la legalidad en la tramitación del procedimiento administrativo que resulten inocuas para el ciudadano y la Administración.

En definitiva, el objeto material de la prevaricación puede coincidir con el de la infracción administrativa. En mi opinión, las absoluciones en lo penal aparentemente sustentadas en el principio de intervención mínima han obedecido más, a veces, al momento y lugar concretos en el que se han producido los hechos. Hasta hace unos años la jurisprudencia en materia de prevaricación era escasa, enmarcada en un contexto de cierta indiferencia ciudadana con respecto a los delitos de corrupción. En dicho contexto era normal absolver aludiendo al principio de intervención mínima, al entenderse que podía ser necesario el reproche administrativo, pero no el penal. Especialmente en aquellos casos en que se constataba la existencia de una resolución contraria a Derecho, pero el autor no había perseguido con ella un provecho propio, siendo reticentes los tribunales a reconocer la existencia de este delito si el objetivo de la actuación había sido perseguir supuestos intereses generales, diferentes al propio enriquecimiento<sup>26</sup>. En definitiva, las variadas exigencias esgrimidas para apreciar una resolución prevaricadora se han utilizado hasta hace unos años como razones para absolver, más que como argumentos para condenar. Sin embargo, y como se viene sosteniendo, la orientación jurisprudencial ha cambiado, debido a la mayor sensibilidad social hacia estos delitos que nació con la crisis económica y el consiguiente empobrecimiento social, lo que a su vez ha motivado un auge en la persecución de la corrupción, en general. De forma que, en sus decisiones más recientes, el Tribunal Supremo prescinde de la exigencia de la corrupción “económica” del funcionario para apreciar la prevaricación, y asume como base suficiente para llegar a este delito la mera infracción de las reglas esenciales del procedimiento de contratación. En conclusión, las exigencias de prevención

<sup>26</sup> STS 11-5-04 (ratificando los argumentos de la sentencia de instancia, SAP de Málaga de 24-5-02): “No toda aplicación irrazonable o arbitraria de las normas es encuadrable en esta figura, sino que se exige un componente objetivo adicional, consistente en que la conducta tenga una cierta repercusión sobre los intereses generales...pese a ser numerosas las irregularidades reseñadas, no lo es menos que no se prescindió totalmente del procedimiento administrativo”, no existiendo “repercusión sobre los intereses generales”. STS 23-6-03: “El objetivo perseguido por el autor estaba enmarcado en un proyecto más amplio, que había contado con apoyo institucional de otras entidades superiores, y perseguido la promoción e impulso de unos proyectos de gran trascendencia para el futuro empresarial, turístico y en definitiva económico-social de la ciudad”. STS 22-5-01: “Ningún perjuicio para los intereses de los ciudadanos, ya que no toda infracción de la legalidad puede sustentar la prevaricación, sino que la misma ha de producir un perjuicio efectivo o potencial para los intereses del ciudadano o la causa pública”.

Sin embargo, hay que recordar que el tipo de prevaricación no exige como requisito típico que el autor persiga un beneficio propio, además de que el daño al bien jurídico también se produce cuando se persiguen intereses generales ignorando la legalidad. El concepto de corrupción pública no debe limitarse sólo a los casos de enriquecimiento del autor. Ver sobre dicho concepto a de la Mata Barranco, N., “La lucha contra la corrupción política”, en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 18-01 (16).



general han motivado que disminuya el recurso al principio de intervención mínima para desplazar el castigo a la vía administrativa<sup>27</sup>.

Por otro lado, la exigencia contenida en las infracciones administrativas de que el acuerdo o informe causen “perjuicio grave” a la Administración o a los ciudadanos tampoco es ajena al tipo penal, ya que en alguna ocasión la propia jurisprudencia ha exigido para la existencia del delito un perjuicio efectivo o potencial para los intereses del ciudadano o la causa pública. Pero, actualmente, se sostiene que el mero hecho de infringir las reglas del procedimiento de contratación ya vulnera los principios de transparencia e imparcialidad a que se debe el representante público que actúa en nombre de la Administración, lo que de suyo implica un perjuicio a ésta y a los ciudadanos (art. 103 de la CE), vulnerando el bien jurídico protegido en el delito.

### 2.1.3. *La conducta imprudente y la respuesta administrativa*

La conducta del funcionario que dicta una resolución injusta por descuido o negligencia está fuera del Código penal desde 1995, de tal manera que el art. 404 sólo castiga la modalidad dolosa de la prevaricación<sup>28</sup>. Por el contrario, las disposiciones administrativas que estamos analizando en este apartado no contienen, en principio, impedimento típico para que, en su caso, pueda sancionarse por esa vía la adopción negligente de una resolución ilegal, con especial atención, en tal caso, a la proporcionalidad de la sanción que se imponga<sup>29</sup>. Como señala la doctrina, el principio de proporcionalidad debe presidir, como es lógico, la fase aplicativa de la sanción administrativa<sup>30</sup>; teniendo en cuenta el amplio abanico de respuestas sancionadoras que existen para una misma clase de infracción. Debe tenerse presente lo dispuesto en el art. 29 de la Ley 40/2015 de régimen del sector público, que entre otras cosas

<sup>27</sup> Puede comprobarse esta afirmación analizando las STS 3-9-14, 30-7-14, STS 1-7-15. En estas se desarrolla la idea de que el incumplimiento formal de las reglas del procedimiento de contratación es una base suficiente para integrar una resolución prevaricadora, lo cual antes era difícil de encontrar (ver nota anterior).

<sup>28</sup> Sin embargo, el artículo 358 del Código penal de 1973 señalaba:  
*“El funcionario público que, a sabiendas, dictare resolución injusta en asunto administrativo, incurrirá en la pena de inhabilitación especial.*

*Con la misma pena será castigado el funcionario público que dictare, por negligencia o ignorancia inexcusable, resolución manifestamente injusta en asunto administrativo”.*

<sup>29</sup> Ver la exposición de las diferentes tesis posibles sobre imputación subjetiva en esta materia que exponen Gómez Tomillo, M. y Sanz Rubiales, I., *Derecho Administrativo sancionador*, Pamplona 2010, pág. 382 y ss. Sobre la aplicación del principio de culpabilidad en la imposición de las sanciones administrativas ver Huergo Lora, A., *Las sanciones administrativas*, Iustel, 2007, pág. 377 y ss.

El art. 28 de la Ley de régimen jurídico (Ley 40/2015) señala que:

*“1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa.”*

<sup>30</sup> Nieto, A., *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed., Madrid 2012, pág. 414-15. Ver los problemas apuntados por Quintana López, T., “Empleados públicos, régimen disciplinario”, en *Diccionario de sanciones administrativas*, (Dir. B. Lozano Cutanda), Madrid, 2010, pág. 373.

señala en su número 3º que en la imposición de sanciones “*se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción*”, señalando en su apartado a) como criterio de referencia “*el grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad*”<sup>31</sup>.

En materia penal existen problemas para diferenciar la modalidad imprudente del delito de prevaricación y la efectuada con dolo eventual, a tenor de que existen autores y jurisprudencia partidarios de castigar esta última modalidad delictiva (dolo eventual). Teniendo en cuenta que los límites entre ambas formas de culpabilidad son a veces muy difusos, la polémica está servida<sup>32</sup>. Por otro lado, no es raro en el procedimiento penal que el acusado de prevaricación alegue error sobre la legalidad aplicable, especialmente cuando se trata de procedimientos administrativos complejos, como son los de contratación. Por ejemplo, tal argumento se ha sustentado cuando la contratación se lleva a cabo en un municipio pequeño en el que no existe asesoramiento legal ni órganos técnicos de apoyo para la formalización de las decisiones municipales<sup>33</sup>. En situaciones de esta índole, si se trata de un cargo público, los tribunales no suelen dar credibilidad al desconocimiento de la normativa aplicable, y aluden a los principios de la contratación pública que deben ser conocidos por todo el que ostente cierto ámbito de poder, sosteniendo que cualquier persona que esté gestionando intereses públicos conoce sin sombra de duda que no debe priorizar un interés particular al resolver asuntos públicos<sup>34</sup>. También han descartado los tribunales como base de un posible delito imprudente (atípico) el hecho de que la contratación irregular sea una práctica habitual de años en un ayuntamiento, cuando el equipo de gobierno alega que se ha limitado a mantener una práctica arraigada<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> El numeral 4º de dicho precepto establece la posibilidad de imponer la sanción en el grado inferior “*cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes*”.

<sup>32</sup> La posibilidad del dolo eventual se ha reforzado después de que el Código penal de 1995 suprimiera la prevaricación imprudente, y por eso se discute la compatibilidad del término típico “a sabiendas” con esta forma de culpabilidad (ya se sustente dicho dolo en la teoría del consentimiento o en la de la probabilidad).

<sup>33</sup> STS 21-10-02.

<sup>34</sup> Especialmente se desatiende la solicitud del error si ha habido advertencias concretas del secretario del ayuntamiento. La SAP de Burgos de 9-7-02 declara: “*Resulta difícil alegar la ignorancia ante tal palmaria contravención, con los conocimientos que tenía el acusado, los que por su cargo debía de tener, y la información que le facilitó el Secretario del Ayuntamiento, y aunque ésta se hubiese verificado con posterioridad a la contratación en ningún momento realizó nada para corregir dicha infracción*”. Además se evalúan otras cuestiones en los hechos concretos: si el alcalde tiene o no experiencia en la realización de contratos públicos por llevar varios años en el cargo; si las maniobras utilizadas en el procedimiento hacen poco creíble el desconocimiento de la ley (por ejemplo, no se han mostrado a los concejales las plicas existentes antes de resolver la adjudicación del contrato), si se han creado empresas ad hoc justo antes de formalizar la solicitud, si la empresa a la que se adjudica el contrato pertenece a un familiar del alcalde o concejal, etc.

<sup>35</sup> En la SAP de Murcia de 9-7-10 los acusados alegan que la práctica irregular en la contratación era la habitual en el ayuntamiento desde hacía treinta años, razón por la que el juzgado de instrucción excluyó el dolo. Sin embargo, la Audiencia consideró que tal tradición no era excusa para seguir haciendo mal las cosas, que podían haberse cambiado en cualquier momento.

Finalmente, me parece discutible que pueda incluirse en el ámbito de la infracción administrativa el supuesto en que la injusticia resulte de una clara “interpretación errónea” de la ley. En principio, la discrecionalidad administrativa dificulta otra conclusión en esta materia.

#### 2.1.4. *¿Traslado a los tipos administrativos de las categorías penales de autoría y participación?*

a) El autor del delito de prevaricación del art. 404 del Código penal puede ser un único sujeto o un órgano colegiado (en este último caso habrá coautoría de todos los miembros de dicho órgano), criterio de responsabilidad idéntico al que debe existir para las infracciones administrativas correspondientes. En materia penal, la jurisprudencia asume que el delito se puede cometer, no solamente por un órgano unipersonal, sino por cada sujeto que está integrado en un órgano colegiado y ostenta la condición de funcionario. Para la coautoría penal debe existir un acuerdo común para adoptar la resolución ilegal, si ésta debe ser emitida por un órgano colectivo. Son coautores del mismo delito tanto el presidente como el vocal de una comisión de contratación, siempre que concurren en cada uno de ellos las exigencias del tipo penal y sus voluntades confluyan para la adopción de la resolución injusta o arbitraria<sup>36</sup>.

Pero también puede ocurrir que la resolución prevaricadora, o el acuerdo o informe injustos, se adopten por una “mayoría” del órgano colegiado en cuestión, en cuyo caso existirá el delito de prevaricación, o la infracción administrativa correspondiente, sólo para los que han posibilitado la decisión. En el caso de que los miembros del órgano colegiado que están de acuerdo en adoptar la decisión ilegal estén en “minoría”, como la resolución pretendida no habrá salido adelante por causas ajenas a su voluntad, existirá para ellos una tentativa del delito de prevaricación. Sin embargo, esta calificación jurídica no se encuentra en la práctica de los tribunales, probablemente por razones de mínima intervención penal. Nos encontramos, entonces, con una conducta candidata exclusivamente a la sanción administrativa (solventados los problemas de prueba de un caso así), siempre partiendo de que la sanción debe regularse de forma proporcional a la tentativa, teniendo en cuenta las reglas del ya citado art. 29.3 de la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público, y especialmente la establecida en su párrafo cuarto, cuando prevé la posibilidad de aplicar la sanción en el grado inferior en función de la gravedad del hecho y las circunstancias concurrentes.

También la SAP de Burgos de 9-7-02 condena una adjudicación directa irregular de contratos de obras, a pesar de alegar el acusado que tal forma de contratar había sido una práctica habitual en el ayuntamiento en cuestión, que había adjudicado directamente la ejecución de obras municipales a los propios concejales del consistorio en ocasiones anteriores.

<sup>36</sup> STS 22-5-11.

b) Cuestión más complicada de resolver es cómo calificar la intervención de los “no” funcionarios que “cooperan” en la elaboración de la resolución, el acuerdo o el informe ilegales. En Derecho penal la solución (no siempre exenta de polémica) es calificar al *extraneus* como partícipe del delito (a veces aplicando el art. 65.3 del Código penal, para atenuar la pena), pero es evidente que tal solución no es posible en el ámbito administrativo. Como es evidente, no cabe aplicar al ciudadano que no es funcionario el conjunto de sanciones disciplinarias que se están analizando aquí. Naturalmente el problema desaparece cuando el partícipe es también funcionario. La doctrina administrativa ha sostenido que las formas de participación no tipificadas expresamente deben ser impunes, por no existir una regla general al respecto (tal y como ocurre con los artículos 28 y 29 del Código penal). Como sí existen disposiciones especiales en el ámbito administrativo que recogen la posibilidad de castigar al partícipe, se dice que dicha modalidad sólo sería sancionable cuando exista tipicidad expresa al respecto<sup>37</sup>. Tal ocurre, por ejemplo, en el art. 93 del Estatuto del empleado público, que en materia disciplinaria extiende la responsabilidad al “inductor” y al “encubridor”.

*“Art. 93.2. Los funcionarios públicos o el personal laboral que indujeran a otros a la realización de actos o conductas constitutivos de falta disciplinaria incurrirán en la misma responsabilidad que éstos.*

*3..Igualmente, incurrirán en responsabilidad los funcionarios públicos o personal laboral que encubrieren las faltas consumadas muy graves o graves, cuando de dichos actos se derive daño grave para la Administración o los ciudadanos.*

Esta disposición presenta la peculiaridad de que prevé la sanción del “encubridor” de dichas faltas graves o muy graves, pero no la del “partícipe” de dichas faltas, pues el art. 93.2 sólo se refiere al “inductor”. Sin embargo, más adelante, en el art. 96.3 también señala el propio Estatuto, como criterio para regular la imposición de las sanciones por faltas muy graves, el “*grado de intencionalidad, descuido o negligencia que se revele en la conducta, el daño al interés público, la reiteración o reincidencia, así como el grado de participación*”.

Por otro lado, alguna modalidad de autoría presenta características muy complejas en ambos órdenes, como es el caso de la “autoría mediata”. Pongamos el ejemplo del secretario de un organismo público que formaliza irregularmente determinados expedientes, y después los pasa a firmar a titular de dicho organismo, el cual desconoce la ilegalidad precedente<sup>38</sup>. En Derecho penal la calificación de autoría mediata plantea en este caso el inconveniente de que el secretario en cuestión no reúne las características típicas necesarias, al no tener él mismo competencia para

<sup>37</sup> Ver una relación de supuestos específicos establecidos en las leyes sectoriales en Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo*, cit, pág. 573 y ss,

<sup>38</sup> La STS 4-3-10 exculpa al responsable de un organismo público que firma la adjudicación pública desconociendo la trama ilegal existente, y castiga al secretario de dicho organismo como inductor de la prevaricación.

“dictar una resolución”. En materia de contratación pública, podemos pensar en el ejemplo del funcionario que elabora el pliego de condiciones, el análisis de las plicas presentadas, los informes técnicos, o la propuesta sobre la mejor empresa, y pacta previamente el resultado con un empresario, engañando así a quien debe resolver la adjudicación del contrato. Desde luego quien emite la resolución injusta es el que “adjudica”, pero no es posible hablar de autoría mediata por parte de quien ha manipulado de esta forma al autor directo, porque el tipo penal y el administrativo sólo pueden ser realizados por quien tiene la competencia específica para resolver o para adoptar el acuerdo o el informe, lo cual quiere decir que quienes carecen de ella no pueden ser sujetos activos de dichas infracciones. El delito de prevaricación es un delito especial propio, en el que no es posible castigar como autor al llamado “hombre de atrás” (autor mediato): en este caso el funcionario que manipula a su antojo un procedimiento de contratación que después debe adjudicar otro funcionario. Y creo que similar conclusión puede alcanzarse con respecto a la infracción administrativa, a tenor de que se trata de la misma clase de conducta; en definitiva sólo quienes tengan competencia para emitir acuerdos o informes podrán ser sujetos activos de dicha infracción<sup>39</sup>. Un caso de estas características se plantea en la STS de 11-5-04, en la que el Tribunal absuelve del delito de prevaricación (si bien condena por otros) al concejal de urbanismo que propone mociones para contratar (irregularmente) con determinada empresa, las cuales posteriormente son aprobadas por la comisión de gobierno del ayuntamiento, que es quien tiene la capacidad para resolver. Aunque pueda parecer que hay autoría mediata del concejal en la decisión injusta que finalmente es adoptada, al no tener el primer sujeto competencia para emitir una “resolución” (la adjudicación del contrato), no puede ser autor (mediato) de la prevaricación resultante.

## 2.2. *Prevalerse de la función pública para favorecer los propios intereses*

a) El funcionario o cargo público que se aprovecha de su deber de intervenir en un asunto público para acabar favoreciendo sus propios negocios es castigado como autor del delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, recogido en el art. 439 del Código penal:

*“La autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a siete años.”*

<sup>39</sup> En materia de contratación pública pueden darse todavía situaciones más complejas, por ejemplo, cuando un funcionario delega en otros, habitualmente, sus competencias para la elaboración de los expedientes administrativos de contratación.



Este precepto protege los principios de objetividad e imparcialidad a los que se debe la Administración, derivados de lo que dispone el art. 103 de la Constitución (“*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales...*”), que se vulneran por el funcionario que abusa de su cargo para obtener un provecho personal, en lugar de perseguir el general interés público.

En cuanto al tipo administrativo correspondiente, en este caso encontramos (citando sólo las normas de carácter estatal) el art. 23.1 de la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público, al disponer que las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el apartado siguiente deben abstenerse de “*intervenir en el procedimiento*”, señalando como motivo de abstención, entre otros, en su apartado 2): “*a) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada...*”<sup>40</sup>.

La infracción del deber de abstención aquí tipificado constituye falta grave en el art. 29.2 b) de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y en el art. 7.1 g) del Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, pues ambos sancionan la intervención del funcionario en el procedimiento administrativo cuando concurre en él alguna de las causas de abstención legalmente señaladas. Y el art. 76 de la Ley de bases régimen local (Ley 7/1985, de 2 abril) dispone: “*Sin perjuicio de las causas de incompatibilidad establecidas por la Ley, los miembros de las Corporaciones locales deberán abstenerse de participar en la deliberación, votación, decisión y ejecución de todo asunto, cuando concurra alguna de las causas a que se refiere la legislación de procedimiento administrativo y contratos de las Administraciones Públicas...*”

En esta materia encontramos una curiosa disposición administrativa en el art. 25.2 c) de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración general del Estado, cuando recoge como infracción grave: “*El incumplimiento reiterado del deber de abstención de acuerdo con lo previsto en esta ley*” (complementado por lo que disponen los artículos 11 y 12). Como puede observarse, para los altos cargos el incumplimiento del deber de abstención sólo es sancionable cuando es “reiterado”, no bastando con una sola ocasión, mientras que para el resto de funcionarios basta dicha ocasión para ser castigados. Desde luego no alcanza a comprenderse la razón de la benignidad de trato con los altos cargos públicos, ya que la posición de responsabilidad que ocupan debiera conllevar, precisamente, la consecuencia contraria. Se trata por ello de una disposición inexplicable, y que debiera revisarse.

b) El deber de abstención tipificado en el art. 23 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, coincide sólo parcialmente con la conducta típica del

<sup>40</sup> El contenido es básicamente el mismo que el del art. 28 de la anterior Ley 30/92 de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

delito de negociaciones. El tipo penal lleva implícita la búsqueda de un beneficio económico que no se recoge en el precepto administrativo, si bien no queda excluido de éste. Comparando los elementos típicos de ambos preceptos puede parecer, aparentemente, que la diferencia entre ellos es amplia, ya que el precepto penal describe de forma muy exhaustiva la clase de actividades que debe realizar el funcionario: “*Cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad...negocios o actuaciones*”; mientras que el tipo administrativo recogido en el art. 23.1 de la Ley de régimen jurídico recoge el supuesto de forma mucho más genérica, sin especificar de qué actividades debe tratarse, ya que sólo se habla de “*intervenir en el procedimiento*”. Sin embargo, un análisis detallado del tipo penal y de la jurisprudencia que lo interpreta revela que el art. 439 realiza una enumeración de asuntos que carece de utilidad real<sup>41</sup>. Por tanto, por lo que se refiere a esta cuestión tampoco hay diferencia sustancial entre ambas clases de preceptos, pues la expresión “*procedimiento*” a que se refiere el precepto administrativo cubre perfectamente todos los supuestos mencionados en el art. 439 del Código penal.

La diferencia que marca la frontera entre ambos tipos estriba en el hecho de que el precepto penal es un tipo de resultado, mientras que el precepto administrativo sanciona una mera desobediencia formal: la infracción del deber de abstención, con independencia del resultado final. La infracción de este deber constituye el núcleo del injusto de art. 23.1 de la Ley de régimen jurídico, mientras que el art. 439 del Código penal exige la efectiva participación económica del funcionario en el negocio público. En definitiva, el sujeto activo del delito de negociaciones prohibidas debe actuar persiguiendo un beneficio económico, y para que se consume el delito es necesario que haya existido una efectiva participación en dicho negocio público, a tenor de que el art. 439 exige que el funcionario se aproveche de su función para lograr cualquier forma de “*participación*” en tales negocios o actuaciones. Por el contrario, y como se analiza en el siguiente apartado, los supuestos de mera infracción del deber de abstención deben obtener respuesta sólo en el ámbito sancionador administrativo.

#### 2.2.1. *La infracción del deber de abstención y otros supuestos que deben excluirse de la sanción penal*

La jurisprudencia penal ha señalado que el deber de abstención constituye el núcleo del injusto del delito de negociaciones prohibidas (afirmación criticable en mi opinión), originando así situaciones a veces confusas, pues al convertir este delito en una mera figura de desobediencia se desatienden el resto de elementos del tipo, y se suprime la línea divisoria entre la figura penal y la administrativa. En este sentido el Tribunal Supremo ha señalado que el delito se vertebra sobre el quebranta-

<sup>41</sup> Ver jurisprudencia sobre esta cuestión en Jareño Leal, A., *El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos*, Ed. Iustel, 2015, pág. 35 y ss.

miento del deber de abstención, no exigiendo para la consumación, ni la existencia de lesión efectiva para la Administración, “ni que el beneficio intentado sea injusto, ni que se obtenga efectivamente el beneficio o ventaja perseguido”, añadiendo que “tampoco es necesario que se persiga la adopción de un acto ilegal por parte de la Administración”<sup>42</sup>. Quizás esta doctrina jurisprudencial se debe a que se está confundiendo el deber de abstención con la clasificación de “delito de deber”, cuestiones distintas.

Por su parte, el art. 23.1 de la Ley 40/2015 de régimen jurídico no exige que la desobediencia al mandato de abstención tenga que producir resultado alguno (*“Las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el apartado siguiente se abstendrán de intervenir en el procedimiento”*), con lo que se impone un mero deber de abstención para salvaguardar el principio de imparcialidad. Por ejemplo, se prohíbe formar parte del órgano colegiado que debe resolver un procedimiento de contratación al funcionario que tiene algún interés personal en tal negocio porque concurre la empresa de un familiar o amigo íntimo (al margen de que el resultado acabe o no favoreciéndole). Por su parte, el delito de negociaciones exige algo más: que el autor llegue a participar en el negocio público. De hecho, el logro de un beneficio económico es lo que suele hacer visible el hecho delictivo en estos casos, y lo que motiva que lleguen a conocimiento de los tribunales.

Pero al margen de las diferencias existentes entre ambas modalidades, creo que hay varios supuestos en que la única respuesta debiera ser la administrativa, bien por la nimiedad o escasa trascendencia lesiva de los hechos, bien por la falta de algún requisito del tipo penal. En primer lugar, dado que el delito de negociaciones prohibidas es un delito de resultado, que admite las formas imperfectas de ejecución, puede ser más proporcionado sancionar la tentativa de este delito con la sanción administrativa. En segundo lugar, también puede acudir a esta última cuando no hay un nexo causal entre la intervención del funcionario y la participación en el negocio público. Y, en tercer lugar, también puede ser suficiente la infracción disciplinaria cuando el autor participa en un procedimiento administrativo a favor de una de las personas que señala el art. 23.2 de la Ley 40/2015 de régimen jurídico, pero sin perseguir en este caso un beneficio económico para sí mismo. Veamos cada supuesto por separado.

a) En primer lugar, debemos partir de que el delito de negociaciones prohibidas se consuma cuando el funcionario o cargo público logra la efectiva participación en el negocio público, por ejemplo, cuando la empresa de su propiedad obtiene un contrato público en un procedimiento en el que ha intervenido él mismo. Esta es la conclusión a la que hay que llegar en virtud de la letra del art. 439, que es exigente

<sup>42</sup> STS de 26-9-13, resumiendo la doctrina jurisprudencial sobre las negociaciones prohibidas.

en este sentido: “*para forzar o facilitarse cualquier forma de participación*”<sup>43</sup>. Admitir que éste es el momento de consumación del delito supone aceptar las formas imperfectas de ejecución: por ejemplo, el concejal vota en la comisión que adjudica contratos, pero finalmente el contrato no se adjudica a su empresa, sino que es adjudicado a otra. Mi opinión es que aquí estamos ante una infracción administrativa si el caso tiene escasa relevancia penal, bien por la cantidad económica en juego o bien por la forma en que se han realizado los hechos. Así, no es lo mismo votar a favor de la propia empresa en el pleno de un ayuntamiento, que manipular los hechos en todas las fases de un procedimiento de contratación, o amañar el pliego de condiciones para favorecer a la propia empresa (aunque al final no se consiga), casos todos estos en los que sí sería proporcionada la intervención penal. Pero determinadas tentativas de delito conllevan la mera infracción del deber de abstención que requiere el art. 23 de la Ley de régimen jurídico.

b) En segundo lugar, la intervención penal no es posible si el autor logra su propósito de forma ajena a sus propias maniobras (“*forzar o facilitarse*”), de forma que el resultado no pueda imputarse a su conducta, sino a otros factores. Ya que, al conseguir la participación en el negocio público por cauces ajenos a la propia conducta, no se da el tipo del art. 439 porque no existe imputación objetiva del resultado, y sólo cabrá la respuesta administrativa, en su caso. Por ejemplo, si el funcionario infringe su deber de abstención al intervenir en la comisión de contratación, pero sin que su intervención haya tenido incidencia alguna en el resultado final que favorece a su empresa, porque su voto no ha sido determinante y la adjudicación se habría producido, también, aunque no hubiera participado. En este caso falta un requisito objetivo del tipo penal, la imputación objetiva del resultado a la conducta del autor, por lo que existe ausencia de tipicidad. Estamos, por tanto, ante la mera infracción del deber de abstención, que dará lugar únicamente a una sanción administrativa<sup>44</sup>. Hay que recordar aquí lo que dispone el art. 23.4 de la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público: “*La actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurran motivos de abstención no implicará, necesariamente, y en todo caso, la invalidez de los actos en que hayan intervenido*”. Por tanto, en el caso que se acaba de mencionar, el acto administrativo puede mantener su validez, ya que el resultado final no es

<sup>43</sup> Estoy de acuerdo con la doctrina que sostiene que “*para forzar o facilitarse*” no puede entenderse como mero elemento subjetivo finalístico, sin consecuencias en la consumación, ya que el tipo no habla sólo de “intentar participar”, sino de “participación” efectiva en tales asuntos públicos: Mir Puig, S., “Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función”, en *Cuadernos de Derecho judicial, Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995*, Madrid 1996, pág. 327; Orts Berenguer, E., *Comentarios al Código penal de 1995* (Coordinador T. Vives Antón), Vol II, Valencia 1996, pág. 1867.

<sup>44</sup> Cierta doctrina administrativista también exige la imputación objetiva para la existencia de las infracciones que comporten la producción de un resultado, que son minoría: Huergo Lora, *Las sanciones*, cit, pág. 394.

fruto de las maniobras del funcionario en cuestión, lo que no es incompatible con la aplicación de la sanción correspondiente<sup>45</sup>.

c) En tercer lugar, tampoco se dan los requisitos del tipo penal cuando el funcionario o cargo público interviene en un procedimiento administrativo a favor de un tercero con el que le une determinada relación, pero sin perseguir en este caso un beneficio económico para sí mismo. Los supuestos que motivan el deber de abstención por existir determinada relación están enumerados en el art. 23.2 de la Ley de régimen jurídico del sector público: *“b) Tener un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento...; c) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.* Puesto que el art. 439 del Código penal requiere que el funcionario persiga una ventaja o beneficio propio, el hecho de favorecer a uno de estos sujetos sólo constituye la infracción del deber de abstención<sup>46</sup>.

Por tanto, perseguir o no el propio interés es un requisito fundamental en el tipo penal, pero no lo es para la presencia de la sanción administrativa. En el ámbito penal es esencial la prueba de que se persigue un interés económico: por ejemplo, se otorga el contrato a la empresa que está a nombre del cónyuge, o de un familiar directo, porque el autor participa económicamente en dicha empresa. En definitiva, si el funcionario interviene en el procedimiento para favorecer a la empresa de su cónyuge, conviviente, hermano, padre o hijo, es decir interviene a favor de personas a las que está íntimamente ligado, comete el delito de negociaciones prohibidas sólo si él mismo participa en tal empresa, aunque no sea de manera formal y directa. En el caso de intervenir a favor de una empresa del cónyuge o conviviente, parece que puede deducirse de manera lógica que existen intereses comunes, y que de forma más o menos directa el propio funcionario se beneficiará de la mejora de su cónyuge. De tal forma, la mera existencia de una relación conyugal o análoga parece operar en contra del sujeto, siendo un indicio para aplicar el artículo 439 (*“facilitarse cualquier forma de participación”*). Pero también es cierto que no debe operarse con generalizaciones, y que debe analizarse cada supuesto concreto. La doctrina ha señalado que debe probarse la existencia de una “comunidad” de bienes entre ambos, que demuestre que el beneficio de un cónyuge repercute en el otro, evitando

<sup>45</sup> Hay que recordar también lo que dispone el art. 76 de la Ley de bases régimen local (Ley 7/1985, de 2 abril), para los casos en que se dan motivos de abstención en los miembros de las corporaciones locales, ya que señala que su actuación *“implicará, cuando haya sido determinante, la invalidez de los actos en que hayan intervenido”*. Es decir, reduce tal invalidez a determinados supuestos.

<sup>46</sup> A salvo de que se den los requisitos del delito de tráfico de influencias del art. 428 del Código penal, si ha existido influencia sobre otro funcionario para que resuelva a favor del tercero.



actuar con meras presunciones<sup>47</sup>. Cuando se trata de otros familiares cercanos también debe comprobarse que existe un “negocio familiar”, con beneficios comunes, para imputar el delito.

En conclusión, cuando se favorece a un familiar, pero no hay consecuencias económicas para el funcionario, estaremos ante una mera infracción del deber de abstención sancionable administrativamente. En este caso, aunque exista trato de favor, infracción del deber de abstención y, quizás, abuso del cargo, no se dan todos los elementos necesarios para llegar al tipo del art. 439.

### 3. La pena de inhabilitación y la sanción de separación del servicio

Las consideraciones que se acaban de efectuar sobre las diferencias que pueden trazarse entre los tipos penales y administrativos, y sobre el principio de intervención mínima, pierden algo de su razón de ser cuando parte de la sanción a imponer coincide en ambos campos, como ocurre en el delito de prevaricación (pena de inhabilitación en el Código penal y sanción de separación del servicio en el campo administrativo)<sup>48</sup>. Por otro lado, es cierto que cada vez es mayor la proximidad entre el sistema de sanciones penal y el administrativo (a salvo de las sanciones que implican privación de libertad, por supuesto): inhabilitación, privación de derechos, multa, etc.<sup>49</sup> Pese a ello, es incuestionable la mayor aflictividad del sistema penal en el caso de identidad cualitativa de las sanciones, aunque sólo sea porque dicho procedimiento conlleva la publicidad y “pena de banquillo” correspondientes, por lo que la sanción penal tiene mayor efecto preventivo general y especial.

#### 3.1. Contenido de ambas sanciones

Por lo que se refiere al contenido y alcance de cada una de las sanciones, la de inhabilitación y la de separación del servicio, aparentemente parece el mismo. Los artículos 41 y 42 del Código penal señalan en qué consiste dicha pena. La de inhabilitación especial comporta “*la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos. Produce,*

<sup>47</sup> En este sentido se critica la aplicación automática del tipo de negociaciones prohibidas cuando se imputa con la única base de la existencia de un vínculo matrimonial, por entender que puede vulnerarse la presunción de inocencia: Quintanar Díez, M., “Sobre los fraudes de los funcionarios públicos (Artículo 401, párrafo 1º, del Código penal)”, *CPC*, nº 52, 1994, comentando un supuesto en que la empresa que proporciona determinados suministros pertenece a la esposa de quien decide tales compras.

<sup>48</sup> En este sentido discrepo de la opinión de Rebollo Puig, “Derecho penal y Derecho administrativo sancionador”, cit., pág. 327, y Alarcón Sotomayor, “Los confines”, cit., pág. 159, cuando sostienen que a igualdad de gravedad de los castigos el principio de intervención mínima no debe entenderse como justificación para la atribución de la competencia a las autoridades administrativas en detrimento de las judiciales. A mi juicio es incuestionable la mayor aflictividad del proceso penal.

<sup>49</sup> La Ley de Contratos del sector público (Ley 9/2017, de 8 de noviembre), art. 71.1 a), establece la prohibición de contratar con la Administración en el caso de haber sido condenado por un delito relacionado con la corrupción pública.

*además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena”* (art. 42 del Código penal). Por su parte, el art. 96.1, apartados a) y b), del texto refundido del Estatuto básico del empleado público (Real Decreto 5/2015), establece la *“separación del servicio de los funcionarios, que en el caso de los funcionarios interinos comportará la revocación de su nombramiento, y que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves”*, y el *“despido disciplinario del personal laboral, que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban”*.

En cuanto a la duración de la sanción administrativa de separación del servicio (o el despido disciplinario), el propio art. 96.3 del Estatuto establece que *“el alcance de cada sanción se establecerá teniendo en cuenta el grado de intencionalidad, descuido o negligencia que se revele en la conducta, el daño al interés público, la reiteración o reincidencia, así como el grado de participación”*. Por su parte, el art. 56.1.d) del mismo cuerpo legal prohíbe el acceso a la función de quienes hayan sido separados del servicio o condenados a inhabilitación, si bien el art. 68 del mismo cuerpo legal establece que los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas podrán conceder con, carácter excepcional, la *“rehabilitación a petición del interesado, de quien hubiera perdido la condición de funcionario por haber sido condenado a la pena principal o accesoria de inhabilitación, atendiendo a las circunstancias y entidad del delito cometido”*. Es de suponer que también se extiende esta disposición a los sancionados a separación del servicio, una vez cumplida la sanción (¿y los plazos de prescripción establecidos en el art. 97 del Estatuto?). En tales casos, el condenado o sancionado podrá volver a ocupar un puesto en la Administración pública. A tales efectos, el Real Decreto 2669/1998, de 11 de diciembre, en el ámbito de la Administración general del Estado, establece el procedimiento a seguir en materia de rehabilitación y reincorporación a la Administración general del Estado de los funcionarios condenados a inhabilitación, haciendo referencia sólo a estos últimos, pero no a los sancionados a separación del servicio (art. 2.3º).

Por otro lado, por lo que se refiere al contenido concreto de la pena de inhabilitación, éste debe expresarse en el mismo fallo condenatorio, y es de suponer que también en el caso administrativo debe hacerse así con la sanción de separación de servicio. En ambos supuestos debe especificarse el contenido de cada una, porque la situación laboral del condenado puede ser muy diferente. Esta es una cuestión que no se resuelve bien en Derecho penal, porque los tribunales no suelen especificar el alcance de esta pena en el fallo condenatorio, y se limitan a señalar su duración, pese a que tal deber de concreción viene ordenado por el artículo 42 del propio texto penal: *“En la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación”*. Desde luego la inhabilitación espe-

cial debe recaer sobre el cargo que está relacionado con el delito, lo que quiere decir que no alcanza a otros puestos en la función pública que no hayan tenido dicha relación. Por ejemplo, el alcalde condenado por prevaricación pierde su cargo como tal, pero en el caso de que sea maestro no pierde esta condición funcional. Cabe preguntarse si se producen similares consecuencias en el caso de la separación del servicio.

A lo anterior hay que añadir que la eficacia de la inhabilitación especial no es la misma en todos los casos, ya que va a depender de la concreta modalidad de relación laboral que tenga con la Administración la persona condenada. No es lo mismo la inhabilitación de un cargo nombrado por libre designación, para el que la pena implica la imposibilidad de ejercer dicho cargo, que la impuesta al funcionario de carrera, en cuyo caso podrá perder tal condición de funcionario<sup>50</sup>.

### **3.2. *Los fines de prevención general y especial***

Siempre se ha dicho que imponer con celeridad una sanción produce el mejor efecto de prevención general y especial que pueda desearse, razón por la cual desde el campo penal se alude constantemente a la mayor rapidez del procedimiento administrativo sancionador, como un motivo más para su elección. Esto puede ser cierto si se compara la duración de una primera instancia penal con el procedimiento administrativo sancionador, sin computar la posibilidad de los recursos que pueden interponerse en cada campo, pues no cabe duda de que dicha posibilidad alarga también el proceso contencioso administrativo. Con todo, comparando ambos procesos, es probable que, con carácter general, el penal sea el más lento. En todo caso, lo normal es que el sujeto no ostente ya el cargo que motivó el delito cuando recae sobre él la condena, con lo que el tiempo transcurrido mermará notablemente el efecto preventivo general (y especial) de dicha pena. Pero es probable que en el caso del procedimiento administrativo sancionador ocurra lo mismo. Así que, seguramente, el efecto preventivo general que produce la inmediatez sancionadora no se cumple desde ninguno de los dos campos.

<sup>50</sup> Existen casos en que la efectividad de la pena de inhabilitación puede ser nula, como ocurre en la SAP Madrid 29-5-13, en la que la inhabilitación se aplica a dos arquitectos honoríficos de un ayuntamiento, cargo que desempeñan sin remuneración alguna. Teniendo en cuenta que tales sujetos son socios y coadministradores de una empresa de arquitectura privada (relacionada con los hechos delictivos) la sanción carece de afflictividad para ellos. Parecida consecuencia puede producirse en materia penal cuando se condena como partícipe del delito al testaferro que facilita al funcionario el hecho de ocultar su participación en una empresa (art. 439), pues al tratarse de un particular la pena de inhabilitación tiene, de nuevo, escasa afflictividad, ya que se tratará sólo de una prohibición de futuro. En la STS 28-2-14 se condena a nueve meses de inhabilitación especial para el desempeño de empleo o cargo público al particular que actúa como testaferro y compra las acciones de una empresa a cuenta del funcionario, sanción que carece en este caso de carga afflictiva. Sí que tiene eficacia sancionadora para dicho testaferro lo dispuesto en el art. 71.1 a), de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del sector público, al prohibir contratar con la Administración, entre otros, a los condenados por algunos delitos contra la Administración pública, citando entre ellos los de prevaricación y negociaciones prohibidas a los funcionarios.

Pero es innegable el impacto social que produce ver a un cargo público sometido a un procedimiento penal, con todo lo que ello conlleva para su imagen, honor e intimidad. Por el contrario, la discreción del procedimiento administrativo o contencioso administrativo es total, y de hecho no suelen conocerse públicamente las consecuencias del primero, sometidas a veces a la legislación protectora de datos personales. Por tanto, la propia “penosidad” del proceso penal conlleva una aflicción de la que carece el procedimiento administrativo (o el contencioso-administrativo), aunque se trate de imponer la misma sanción (inhabilitación o separación del servicio), por lo que en este aspecto la diferencia preventivo general y especial entre ambas sanciones es abismal. De hecho, para un alto cargo público será más penoso soportar el proceso penal en sí mismo (pena de banquillo, publicidad) que la condena de inhabilitación que finalmente recaiga, si el único delito enjuiciado es el de prevaricación, por ejemplo, teniendo en cuenta que dicha pena recaerá seguramente cuando el sujeto en cuestión no ocupe ya el cargo público.

## Bibliografía

- ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador”, *Revista de Administración pública*, núm. 195, sept-dic. (2014), pág. 135 y ss.
- ALONSO PÉREZ, F., *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código penal*, Madrid, 2000.
- ARRIBAS LÓPEZ, E. “Sobre la vigencia del régimen disciplinario de los funcionarios después del Estatuto Básico del Empleado Público: “interpretación mecanicista” versus “interpretación teleológica”, *Revista general de Derecho Administrativo*, 26, 2011.
- ASÚA BATARRITA, A., “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria”, *Delitos contra la Administración pública* (Dir. A. Asúa Batarrita), Bilbao 1997, pág. 13 y ss.
- BOIX REIG, J., “La jurisprudencia constitucional sobre el principio *non bis in idem*”, *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid 2001.
- CASTRO CUENCA, C.G., *La corrupción en la contratación pública en Europa*, Salamanca 2009.
- CASTRO MORENO, A., “Negociaciones prohibidas a los funcionarios y autoridades en Derecho penal”, *La Ley penal*, nº 22, 2005.
- CATALÁN SENDER, J., “El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios en el nuevo Código penal”, *Actualidad penal*, nº 29, 1998/2.
- CUERDA ARNAU, M.L., *Comentarios al Código penal de 1995* (Coordinador T. Vives Antón), Vol I, Valencia 1996, pág. 255 y ss.
- CHAVES GARCÍA, J.R., “Muerte y resurrección del Reglamento Disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado de 1986”, *www.contencioso.es*, 14-10-2010

- DE LA MATA BARRANCO, N., *La respuesta a la corrupción pública: tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, Granada 2004.
- “La lucha contra la corrupción política”, en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 18-01 (16).
- DELGADO GIL, A., *Delitos cometidos por los funcionarios públicos. Negociaciones prohibidas, actividades incompatibles y uso indebido de secreto o información privilegiada*, Valencia 2008.
- "La nueva redacción del delito de participación indebida del funcionario en negocios (art. 439 CP) a partir de la LO 5/2010. La ampliación del sujeto activo y de la pena", *La Ley Penal*, 2011, págs. 37 y ss.
- DEMETRIO CRESPO, E., “Corrupción y delitos contra la Administración pública”, *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos* (coord. A. Fabián Caparrós), Salamanca 2000.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “Delitos contra la Administración pública”, *La Ley*, 1997-3, pág. 1678.
- GALLARDO CASTILLO, M. J., “El ilícito penal y el ilícito administrativo y su distinto “fundamento” como justificación de la imposición de la doble sanción en el ámbito de las relaciones de sujeción especial”, *Actualidad Administrativa*, nº1, enero 2015, tomo 1, pág. 1 y ss.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Valencia 1997
- GÓMEZ MARTÍN, V., “La actuación por otro y la participación de *extranei* en delitos especiales. Un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3”, *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid 2005, pág. 421 y ss.
- GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo sancionador*, Pamplona 2010
- GÓRRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, Valencia 2004.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas*, Valencia 2010.
- HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas*, Iustel, 2007.
- JAREÑO LEAL, A., *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Iustel, 2011.
- El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios*, Aranzadi 2015.
- “Los delitos contra la Administración y la contratación pública: reformas legislativas y aplicación jurisprudencial”, *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios*, Atelier 2016, pág. 517 y ss.
- (Dir): *Corrupción pública: cuestiones de política criminal (I)*, Iustel 2014.
- (Dir:) *Corrupción pública. Cuestiones de política criminal (II): la Comunitat valenciana*, Iustel, 2015.
- (Dir. con A. Doval Pais,) *Corrupción pública, prueba y delito: cuestiones de libertad e intimidad*, Aranzadi, 2015.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, J.A., “Por un derecho Penal sólo Penal: Derecho penal, Derecho de las medidas de seguridad y Derecho Administrativo sancionador”, *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid 2001.



- LOZANO CUTANDA, B., “La nueva legislación básica de las sanciones administrativas: visión general y tabla de concordancias y novedades, *La Ley*, 8669/2015.
- LUZÓN PEÑA, D.M., “Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios del art. 401 del Código penal. Comentario a la sentencia de 29 de mayo de 1989”, *La Ley* 1989-4
- MARTÍNEZ PÉREZ, C., “Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios”, en *ADPCP*, 1991, mayo-agosto, pág. 363 y ss.
- MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, Barcelona 2000.
- *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010* (Dir. M. Corcoy Bidasolo y S. Mir Puig), Valencia, 2011.
- MIR PUIG, S., “Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función”, en *Cuadernos de Derecho judicial, Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995*, Madrid 1996, pág. 307 y ss.
- “Negociaciones prohibidas a los funcionarios”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XVII.
- MUÑOZ CONDE, F., “Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal: especial consideración de la prevaricación y del concepto de funcionario público a efectos penales”, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, Sevilla 1997.
- NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed., Madrid 2012.
- NIETO MARTÍN, A., “Conflicto de intereses y transparencia”, en *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca 2006, pág. 103 y ss.
- NIETO MARTÍN/MAROTO CALATAYUD, (Dir.) *Public compliance: prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Cuenca, 2015.
- OCTAVIO DE TOLEDO, E., *La prevaricación del funcionario público*, Madrid 1980.
- OLAIZOLA NOGALES, I., “Concepto de funcionario público a efectos penales”, *Delitos contra la Administración pública*, (ed. a cargo de A. Asúa Batarrita), Bilbao 1997, pág. 77 y ss.
- “Previsiones específicas en materia de penalidad. Inhabilitación y suspensión. La agravación genérica de prevalimiento del cargo”, *Delitos contra la Administración pública*, (ed. a cargo de A. Asúa Batarrita), Bilbao 1997, pág. 85 y ss.
- ORTS BERENGUER, E., *Comentarios al Código penal de 1995* (Coordinador T. Vives Antón), Vol II, Valencia 1996, pág. 1866 y ss.
- ORTS BERENGUER/VALEIJE ÁLVAREZ, *Comentarios al Código penal de 1995* (Coordinador T. Vives Antón), Vol II, Valencia 1996, pág. 1808 y ss.
- PALOMO DEL ARCO, A., *Comentarios al Código Penal* (Dir. M. Gómez Tomillo), Valladolid 2010.
- “Negociaciones prohibidas a los funcionarios en el Código penal de 1995 ¿Legalización de la contratación en interés propio?”, *Fraude y corrupción en la Administración pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa, Vol III*, (Ferré Olivé, J. C., y otros), Universidad de Salamanca, Salamanca 2003, pág. 247 y ss.

- QUINTANAR LÓPEZ, T., “Empleados públicos, régimen disciplinario”, *Diccionario de sanciones administrativas*, (Dir. B. Lozano Cutanda), Madrid, 2010.
- RAMÓN RIBAS, E., “La derogación jurisprudencial del art. 24.2 del CP (concepto de funcionario público)”, *Estudios penales y criminológicos*, XXXIV, 2014, pág. 173 y ss.
- REBOLLO PUIG, M., “Derecho penal y Derecho administrativo sancionador: principios comunes y aspectos diferenciadores”, *Diccionario de sanciones administrativas* (Dir. B. Lozano Cutanda), 2010, Madrid.
- REBOLLO PUIG, M., *Derecho administrativo sancionador*, Valladolid, 2009.
- REBOLLO VARGAS, R., “Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios”, *Comentarios a la Reforma penal de 2010* (Dir. J. Álvarez García y J.L. González Cusac), Valencia 2010, pág. 485 y ss.
- RIVERA HERNÁNDEZ, J.M., “Los delitos de cohecho, tráfico de influencias, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función”, *Revista aragonesa de Administración pública*, 1997, 11.
- RUEDA MARTÍN, M.A., “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración pública”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 8, 2001, págs. 127-165.
- URBINA GIMENO, I., “Delitos contra la Administración pública”, *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*, (dir. J. Silva, coord. N. Pastor), Madrid 2012.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y “personas que desempeñan una función pública”, *CPC 1997-2*, pág. 435 y ss.
- VIRTO LARRUSCAIN, M.J., “El delito de prevaricación del funcionario público”, *Delitos contra la Administración pública* (ed. a cargo de A. Asúa Batarrita), Bilbao 1997, pág. 121 y ss.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Delitos contra la Administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Granada 2003.